8

NIC. HIERONYMI GVNDLINGII
ICTI ET ANTECESSORIS

DIATRIBA

DE

TRANSACTIONE, TESTAMENTI TABVLIS NON INSPECTIS,

Von

Errichtung eines Vergleiches,

ohne

vorhergehende Eröffnung des Teſtaments.

EDITIO TERTIA CORRECTIOR.

HALAE SALICAE,
APVD IOANN. CHRISTIANVM HENDELIVM
MDCCL.

Digitized by Google

CAPUT II.

CONSPECTUS.

§. I. *Transigendi vocabulum in se facile.* §. II. III. *Sed obscuratum Doctorum glossis.* §. IV. *De genere transactionis diversæ sententiæ.* §. V. VI. *Bachovius notatur.* §. VII. VIII. *Pacti vel decisionis vox substituitur.* §. IX. *& generalissime capitur.* §. X. *Pactum etiam de re dubia datur.* §. XI. *Transactio definitur.* §. XII. *Definitio ex legibus Romanis illustratur, Cicerone.* §. XIII. *Strauchius decisionis vocabulum respuit; Schilterus item.* §. XIV. *Nimia Jure Consultorum subtilitas.* §. XV. *Transactio non est contractus innominatus. Wissenbachius defenditur.* §. XVI. *Nec Nominatus.* §. XVII. *Quæ Disputationes hodie nullius usus.* §. XVIII. *Transactionis a pacto stricte dicto differentia.* §. XIX. *Dubium in Jure quid?* §. XX. *Mos judiciorum culpatus ubi nulla transactio urgetur.* §. XXI. *Zasii & Ventur. de Valent. opinio rejicitur.* §. XXII. *De re certa non transigitur. Pacificimur tamen* §. XXIII, XXIV. *Cautela necessaria.* §. XXV. *Refellitur Guttierez juramentum commendans.* §. XXVI. *Huberi observatio cum limitatione admittitur.* §. XXVII. *Valet transactio re modica accepta* §. XXVIII. *Prohibita transactionis species.* §. XXIX. *Nostra sententia proponitur.* §. XXX. XXXI. XXXII. XXXIII. XXXIV. XXXV. XXXVI. *contra communem opinionem & observantiam.*

§. I.

TRansigendi vocabulum ratione prælucente, & legibus præeuntibus facilis explicationis foret, omnique pene controversia careret, si Jureconsulti rem perspicuam obscura methodo, spinosoque tractandi modo involvere abstinuissent, & naturam rerum considerantes subtilitates suas paulisper sepositissent.

§. II.

At posteaquam semel perversa consuetudo inva-

luit, ut nihil rectum putarent, nisi quod secundum Etymologiæ ac Homonymiæ apices probe disceptatum, vel secundum omnes Logicæ acutissimas leges rite ventilatum esset, in partes diversas abiere plures, scribendo ac ita decertando, ut res quæ nullis difficultatibus circumsepta e Democriti puteo nunc videatur esse extrahenda.

§. III.

Hinc enim sudare videas magni nominis Viros, & quærere, an transigere idem sit, ac *ab actione transire;* aut an Metaphorica potius significatio attendenda, qua transigere pro *decidere* usurpetur: an generaliter & late capiendum vocabulum, quemadmodum *Cicero epist. 14. ad familiares n. 4. negotium quodvis ad finem quoquo modo perducere transigere* dixit, non sine Legum Romanarum fundamento, quæ in Titulis *ff. Locati l. 15. §. 4. & l. 229. de V. S.* eodem modo Ulpiano & Paulo Authoribus loquuntur.

§. IV.

Quibus argutiis nondum finis est cum ad genus transactionis devolvuntur. Apparent hic aliæ & acriores disputationes. Pactum quidam, conventionem nonnulli, contractum innominatum aliqui, aliqui nominatum substituunt. Alii hæc omnia negant, ut quo Te vertas, quasve partes eligas, sine prævia deliberatione vix scias.

§. V.

Multa in his *Reinerus Bachovius* congessit, qui ne *Treutlero* adsentiretur ac Antonio Fabro, quos oppugnandos sibi plerumque sumsit, inter ipsam transactionem & ejusdem modum distinxit, in hoc sibi felix visus, quod vocabulum decisionis invenerit, quo ipso quicquid controversiarum est uno ictu convellere liceret.

§. VI.

§. VI.

Ita enim ille in *Protis hoc Tit. cap. 1. n. 1. Revera transactio nihil aliud eſt, niſi ipſa deciſio; ſed modi tranſigendi ſunt pactiones, & contractus; utcunque communiter hæc confundant, & pariter cum Fabro & Treutlero hac in re offendant Doctores, de quorum opinione etiam atteſtatur Antonius Delrio ad l. 18. Cod. h. tit. n. 4. add. notæ ad Weſenb. h. t.*

§. VII.

Anxius primum hæſi cui me tuto committerem, cum gladios utrinque diſtrictos viderem, textus allegatos, rationes citatas; haud ſecus, quam cum Philoſophi de genere Logices aciem inſtruunt, & de rebus non adeo magni momenti ad pugnam proruunt.

§. VIII.

Sed deprehendi tandem, me ſine periculo generis loco vocabulum pacti retinere poſſe, nec reliquos etiam adeo culpandos eſſe, qui aut conventionis aut deciſionis nomen uſurpant. Quod ſi ſecundum Juris Naturalis principia rem deciſam vellemus non multum credo laborandum eſſet. Ignorant hæc contractus omnes; nominatos, innominatos, bonæ fidei & ſtricti juris; deſunt ibi acceptilationum & ſtipulationum ſolennitates; aliaque ſubtilitatis Romanæ inventa, quæ ratio ſtatus plerumque invexit, & perpetua Patrum cum plebejis æmulatio.

§. IX.

Itaque jam majori cura ac conſideratione opus eſt, ne impingamus, & Juris Civilis principia ignoraſſe putemur. Quod forte evitare facile licebit; ſi pacti vocem generaliter adeo, non ſine legum adſenſu, ſupponamus, ut æque late atque conventio pateat, cui vel ſtipulatio, vel acceptilatio eo ſæpe fine adjungebatur, ut

non tantum exceptio competeret, sed etiam actio, quæ ex nuda pactione regulariter Romanis non auferebatur, tolleretur.

§. X.

Neque nos tangunt, quæ communiter alias objiciuntur, quasi videlicet pactum de re dubia nunquam iniri possit, bene tamen de rebus aliis, quæ ad liquidum perductæ sunt, aut ultro patent. Nam valde dubito, an hæc tuto adferantur. Lex *f. Codicis de Pactis* alia omnia docet, in qua *liti renunciari posse* dicitur; Lis autem est res incerta seu dubia.

§. XI.

Unde transactio tale mihi pactum erit de re dubia pretio componenda, donec inconvenientia quædam demonstretur, aut quod liberum sit textus adversi e Jure Justinianeo adferantur.

§. XII.

Non equidem in ea sum opinione, ac si Veteres Jureconsultos tam exacte omnia definivisse arbitrer: Noti sunt eorum nævi; nota infirmitas; *Accurate non semper agunt & subtiliter* inquit, *Bachovius ad Wesenbecium n. 2.* sed tamen si qui sint, qui nec nimium acuti esse volunt, aut quærere nodum in scirpo, aut authoritates quasvis contemnere; ii *legem 9. ff. ult. h. t.* inspicere possunt, ubi, *pacto transegit, iniquum est perimi pacto;* item *L. 17. Cod. hoc tit. Infere pacti exemplum & sola conventio. L. 17. eodem: item transactione decisam: de conventione resiliisse, pacto stari; transactionis placito, exceptionem pacti.* l. 28. eod. *Transactio interposita est, convenisse te fine scriptura* proponis ex pacto &c. vid. *Huberus Prælect. ad Pandect. de transact. ff. 2.* De quibus tamen multis digladiari nollem; cum non nesciam nos posse; sed si moveri satis nequeas, *Ciceronem*

nem adde, qui in *Oratione pro Roſcio, transactionem Fanni & Roſcii pactionem, & deciſionem* vocat Orator ſimul & Jureconſultus. conf. *Duaren. h. tit.*

§. XIII.

Ex quo apparet me non ſine ratione ſupra adſtruxiſſe, etiam deciſionis vocem tolerari poſſe niſi cum *Strauchio differt. Theor. Pract. 26. aph. 5.* grammaticam mihi litem movere velis, qui *deceſſionem* dixit quod nos *deciſionem* appellamus. *Neque enim,* ait *definit litem pronunciando ſecundum alterutrum, alterius intentione reprobata, quod eſt decidere, definire, vel condemnando vel abſolvendo: ſed formaliter conſiſtit transactio in abolitione litis, ſeu nuda, ut ſic dicam deſiſtentia & abſtinentia.* Cui ſimilis *Schilteri ad ff. h. tit. ſ. 1.* nota eſt, qui deciſionem non ad *genus,* ſed ad *effectum* transactionis pertinere arbitratur.

§. XIV.

Fateor enim ingenue Criticas aut Metaphyſicas rationes vix deeſſe iis, qui talibus delectantur; nosque diu litigare poſſe de rebus nauci, aut Syllogismis decertare, qui nauſeam adſtantibus creabant ſolidiora exſpectantibus, & magis utilia.

§. XV.

Unum reſtat ut videamus, an *perverſe neget Wiſſenbachius* transactionem per contractum innominatum fieri poſſe; quæ *Domini Lynkeri* verba ſunt, hanc opinionem nimium quantum tuentis, *vid. ejusd. Commentar. in Jus Civ. h. tit. ſ. 3.* Rationes *Wiſſenbachii* hæ ſunt. In contractu innominato pœnitentiæ locus eſt; in transactione non item. Datio autem, quæ ſubſequitur, pertinet ad conſummationem & effectum transactionis. Quemadmodum in emptione, venditione rei traditio velut implementum contractus deſideratur. In transactione

ne quatenus pactum est nihil dum datur; sed conventio est de dando remittendæ actionis causa. Ex post facto eam pene in contractum innominatum degenerare, & Wissenbachius concedunt & Huberus, qui Præceptorem defendit. Ergo etiam actioni præscriptis verbis olim locus fuit quæ in omnibus pactis ac transactionibus ab altera parte consummatis adhiberi poterat. Placet rem exprimere gravissimis *Huberi* verbis in *præl. ad ff. de pact. §. 2. Recte* Aristo *apud Ulpianum l. 7. §. 2. h. tit. respondit, si causa facti vel traditionis subsit, esse obligationem, ut puta; dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias; hoc (ἀνάλλαγμα) id est contractum esse, & hinc nasci civilem obligationem. Secundum quæ Imperatores in lege Cod. de pact. rescripsere, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci, tunc eo jure nos uti, cum pactum nudum est; alioqui cum pecunia datur, (secus cum promittitur) & aliquid de reddenda ea convenit utilem esse condictionem, neque enim pacto amplius, sed contractu innominato adversarium habent devinctum l. 6. Cod. de Trans. Ex quibus intelligitur, omne pactum ab altera parte consummatum transire semper in obligationem innominatam, & actioni præscriptis verbis esse subjectam.* Nec valde repugnabo laudato Lynkero, qui ex capite causæ non secutæ id quod datum vel remissum est condici potuisse adfirmat, dummodo in allegata a se *lege 3. ff. de condict. caus. dat.* observasset, sub hac conditione pecuniam fuisse datam, ut simul repromitteretur, aut caveretur de non eundo ad Judicem: quod cum factum non fuisset, condictionem, cadente transactione, concessit Ulpianus, Wissenbachio, & nobis nullo modo contrarius. *add. Wissenb. ad ff. h. t. §. 4.*

§. XVI.

Reliquis, qui contractum nominatum in transactione

ne ex *lege 7. Codicis de his quæ vi metusque cauſa & lege 17. Cod. de fide Inſtrumentorum* ſibi fingunt, cum eodem *Wiſſenbachio* dictum velim, transactionem propter quandam ſimilitudinem, contractibus adjectam fuiſſe; non ut exæquaretur penitus, cum exæquationis fundamentum deficiat,& ut probe adnotavit *doctiſſimus Huberus* materia ad contrahendum habilis. Unde *Weſenbeccius* diſtractum potius voluit, quam contractum, magis ſanus quam alii, qui clariſſima verba crepant. Quod autem in legibus ita vocetur, mirandum non eſt, cum & precarium nominetur contractus adnotante *Bækelmanno ad ff. h.t. ſ. 2.* quod tamen ab illorum numero communiter excluditur.

§. XVII.

Sed ſatis de his diſputatum eſt. Per me appelles transactionem, quomodocunque velis. Hæ tricæ maximam partem hodie inutiles ſunt, poſteaquam moribus noſtris ex omni pacto actio competit; ita ut tanta ſolicitudine non videatur opus, perluſtrare Juris Romani abyſſos, conciliare leges, diſtinguere, limitare, altercari, cum altercari non ſit noſtrum.

§. XVIII.

Ad rem ipſam accedendum eſt. Illa incerta eſſe debet, dubia; & ut a pacto ſpecialiter & ſtricte dicto rite diſcernatur, de pretio ſimul dando, vel retinendo aliquo conveniendum. Quæ conjunctim ſumta transactionis formam videntur conſtituere. Jam ſi per ambages ire placeret, oſtendendum primo foret, quid Logice dubium, quid moraliter, quid Juridice. Explicandæ eſſent diverſæ certitudinis ſpecies; ut contraria juxta ſe poſita magis eluceſcerent. Separandum incognitum; Refutandi Sceptici, ut excreſcerent paginæ, & tractatus primi ſpeciminis loco conſcriberetur.

§. XIX.

Sed salva res est. Dubium ac incertum vocant Jure Consulti, de quo vel lis movetur, vel probabiliter metuitur, vel aliqua saltem controversiæ futuræ suspicio adest; vel alia quædam causa, quæ amicabilem compositionem suadeat. Est enim transactionis finis evitare litis molestias, & finire potius, quam inter spem metumque Rabulis se submittere, & si perdendum quidpiam, celeriter potius interire, quam inter perpetuos formularum æstus torrefieri. Pertinet huc egregius *Grotii* locus, qui in ejus *adnotationibus ad Matth. cap. 5. §. 40.* invenitur: *Si spectentur,* inquit, *quæ plerumque litibus solent accedere, animus exulceratus, vafræ artes, sine fine ampliatio, impendia, avocatio a negotiis melioribus, odia denique, non dubium est, quin vir bonus & prudens multo, si posset libentius sit iturus ad Arbitrum, aut etiam quavis tolerabili pactione tot molestias redempturus. Non improbat Prætor, ait Ulpianus l. 4. §. 1. ff. de alien. Judic. mut. causf. fact. factum ejus, qui tanti habuit re carere, ne propter eam sæpius litigaret. Hæc enim verecunda cogitatio ejus, qui lites exsecratur, non est vituperanda.* Et paulo post: *Cicero de officiis II. laudat a litibus quantum licet, aut etiam paulo plusquam licet abhorrentem.* Adde ego *l. fin. ff. famil. erciscund.* ubi *Papinianus* extollit fratres, *quod lite renunciata ultroneam transactionem inierunt.*

§. XX.

Non itaque probanda est in aliquibus Judiciis consuetudo, secundum quam rarissime, imo nunquam amicabilis compositio suscipitur, nisi eam urgeat ipse reus. Ad Judicis officium id pertinet; etiamsi pars nulla inclinatione aut propensione quadam ad concordiam feratur. Pie ac recte *Jodocus Damhouder in Praxi Civili c. 19. n. 4. Hoc omnibus,* inquit, *Judicibus ex Christiana charitate velim esse*

eſſe familiare, ut quoties coram ipſis ullus Proceſſus intendatur, partes per ſe, aut per alios concordandas curent ſi poſſint, priusquam ad odioſas & vorcaciſſimas lites deſcendant. Id enim facientes non tantum pii Judicis ſed etiam veri ac ſinceri hominis Chriſtiani officium referunt, apoſtolicam Doctrinam ſequuntur, & ad Chriſti ſervatoris noſtri ac Pacifici exemplum ſe componunt, idque imitatione exprimere curant.

§. XXI.

Eſt enim hic vanum & inane *Uldarici Zaſii ad leg. 26. ff. de re judicata* effugium, qui non decere, ſibi perſuadet, Judicem partes ad Concordiam diſponere, poſtquam merita cauſæ didicit; & abſurdior *multo Ventur. de Valent. in Parthenio litigioſo lib. 2. cap. 4. n. 9.* adſertio, qui graviter eum peccare ſtatuit, qui poſtquam ex actis intellexerit, quæ pars litigantium iuſtam obtineat cauſam, illi perſuadere velit, ut transactionem ineat. Quid enim? An falli neſcii ſunt Judices? an ab omni errore immunes? an cum publicata jam ſententia eſt, lis ſtatim finita? an ceſſant remedia ſuſpenſiva? an metus litis continuandæ remotus omnis? Miſeret me horum hominum, qui dum ſubtiles eſſe volunt, & juſtitiæ famam adfectant ad extremum dilabuntur, aut pertinaces ſine ratione, aut forte avari.

§. XXII.

Forma igitur, & fine transactionis, qui litium evitatio eſt, detectis, permultæ concluſiones de quibus alias Doctores nimium decertant ultro patebunt. Nam ſi in certa ac dubia res in transactione ſupponitur, non niſi Domitius quæret, an de re certa, & ubi nulla lis verſatur, liceat tranſigere, aut an ſi facta proponatur, ipſo Jure nulla & invalida ſit. Non opus eſt ad hoc probandum præjudiciis, deciſionibus, vel Jure Conſultorum Reſponſis: licet e *Brunnemanni* Commentario ad digeſta adferat ali-

quod *Schilterus* exemplum. Res ipsa clara est, nullam esse transactionem, ubi forma & finis transactionis deficit. Sed annon valere queat, ut aliud quoddam pactum, diversa quæstio est. Mihi sic videtur. Aut partes solennem celebrare transactionem intendunt, aut non. Sin prius præter consensum utriusque partis in idem placitum, adhuc res incerta ob litem sive præsentem, sive instantem, seu alias dubia desideratur. Et ita respondisse JC. *Kilonienses a. 1668. d. 21. Jan. & Francofurtenses a. 1669. d. 24. Octobr.* Viri Illustres Strykius & Schilterus testantur. Hic *Exerc. ad ff. IX. §. IV.* Ille *de Cautelis Cont. sect. 3. cap. 7. §. 2.* Sin vero posterius valebit sane conventio, ut aliud quoddam pactum, etiamsi jus certum ac indubitatum remittatur. Paciscimur enim de re certa quoque, & transigimus de re dubia pretio dato. Quæ duo conjungenda omnino sunt, ne nobis etiam pacta de re dubia fieri, uti supra ostensum, aut interdum pretium intervenire pactis posse objiciant. Nunquam enim in pacto rei incertitudo, & pretium erit simul; quæ genuina transactionis & pacti differentia est, ad quam meum semper reflectere Lectorem velim.

§. XXIII.

Quamobrem valde arridet, quæ laudatus Dominus Ordinarius noster in dubio Cautelæ loco addenda censet, ne dum finire lites volumus novas seramus. Solte auch der jetzo getroffene Vergleich in allen Puncten als eine Transactio de Jure nicht bestehen können, soll es doch gelten, als ein pactum simplex, oder liberalis Remissio, und translatio Juris sui, oder wie er sonst zu recht am kräfftigsten bestehen kan. vide Caut. Contr. *sect. 3. cap. 7. §. 3.*

§. XXIV.

Quo ipso variæ disceptationes ac cavillationes uno ictu

ictu præſcinduntur; neque dubium eſt, etiam de re, quæ in vim judicati tranſiit, ita paciſci fas eſſe, nosque quamplurimis limitationibus tuto carere, quas alii non conſideratis his circumſtantiis excogitare habuere neceſſum.

§. XXV.

Sic plane inutile additamentum eſt, quod *Guttierez Tract. de Jurament. Confirm. part. 3. cap. 4.* tam ſancte commendat, ut nempe transactioni ſuper re certa, vel judicata addatur *Juramentum*, in hoc falſus, quod novam ex jurejurando oriri obligationem Pontificiorum more ſibi perſuaſerit.

§. XXVI.

Eodem referenda *Huberi ad h. tit. ff. 2. Obſervatio;* quamlibet præſtationem non eſſe habendam pro pretio; ſed hoc ejusmodi eſſe oportere, ut pretio, ſive præſtatione reali, non remittendi animo a lite deſiſtatur. Vera enim hæc ſunt, ſi ſolennis & omni numero abſoluta transactio eſſe debeat: fruſtranea vero ac falſa, ſi ad quodvis pactum extendantur, quod tamen nec ipſum cenſuiſſe *Huberum* ex ſubjecto præjudicio conſtat.

§. XXVII.

Aliter vero judicandum eſt, cum quæritur, an re minima ſeu modica accepta valeat transactio: aut an illa potius ob immoderatam læſionem reſcindenda veniat. Nam poſitis ſemel principiis noſtris, probabilior ſane Negantium opinio videtur, qui ad transactionem nihil aliud requiri arbitrantur, quam rem dubiam, & pretium, quod hic etiam cum modicum datur adeſt. Rem autem modicam & nullam, æquiparari penitus, vix perſuadebit *Gilkenius ad leg. 8. Cod. de Transact.* Habemus D. Marci orationem, quam *Leg. 8. ff. h. tit. Ulpianus* adducit, in qua modico accepto transactionem de alimentis invalidam

pronunciare veretur, dummodo autore Prætore facta eſſet. Quod ſane fieri non potuiſſet, ſi modicum & nullum in eadem ſemper claſſe reponendum foret. Transactionum favor in finiendis litibus magnus eſt. Satis ille cenſetur lucrari, qui aliquo ſaltem accepto a lite diſcedit, cujus moleſtiæ viris honeſtis intolerabiles accidunt. Conf. *Anton. Faber de Erroribus Fragmat. dec. 8. Error. 10. & Schifferdegg. lib. 2. tract. 25. de Transact. quæſt. 1. Hottomannus Conſ. 4. &c.*

§. XXVIII.

Quibus obſervatis facilior quæſtionum illarum excuſſio erit, quæ de prohibitis transactionibus agunt. Sunt enim res quædam apud Romanos exceptæ, veluti alimenta futura, Crimina non capitalia, adulterium, delicta privata futura &c. de quibus nulla valida transactio creditur, ob peculiares rationes, quæ in plerisque ſyſtematibus prolixe, ſed interdum etiam confuſe recenſentur.

§. XXIX.

Nos iis controverſiis hoc tempore non immorabimur: ne rerum mole obruti volumen ſcribere cogamur; cum brevem diſſertationem moliamur: In hoc potius ſubſtituri, an tranſigi poſſit de relictis in teſtamento, tabulis nondum inſpectis.

§. XXX.

Decertandum hic nobis erit cum communi Doctorum ſchola, quæ negativam & legibus ſatagit defendere, & rationibus, pugnandumve cum illis, qui Carpzovio ſuo contenti, & Gailio, ad Reſponſa, Conſilia, Definitiones, ac Deciſiones ſuas provocant, & quicquid in contrarium dicitur, ac movetur, cum contemtu rejiciunt.

§. XXXI.

Quod dum profiteor temperare mihi non potero, quin

quin falſas illorum ratiocinationes detegam, quas ad inficetum emblema Triboniani defendendum excogitarunt, & ſimul complurium Doctorum teſtimoniis ſtabilire ſategere.

§. XXXII.

Satius enim credo ac conſultius, in ipſas leges inquirere, ad quas proclamant, & earum rimari ſenſum, quam ſequi cœcos, quo pes fert, aut ampliationibus Cauſidicorum confidere, qui Pragmaticorum ſuorum dumetis inerrantes ſatis habent, ſi abſonam quandam quæſtionem, vel ampliationem deprehendant, aut prolixum ex Hiſpania & Italia nomen venentur.

§. XXXIII.

Bartolum, Baldum, Odofredum, Jaſonem propter mille annos veneramur; ſed rationes eorum examinamus. Judicia in quibus ad leges ſimul, & naturalem æquitatem reſpectus habetur, ea qua par eſt obſervantia, colimus; Ea vero ubi

Piſtor qui fuerat diu.
Nunc cauſas agit, & ducenta quærit.

non admodum moramur, nec Aſtræa vel ſapientiæ injuriam fieri credimus, ſi a fabulis eorum, quas vendunt, permiſſa omnibus libertate recedamus.

§. XXXIV.

Habemus iam Viros Magnos & acres, quibus miſera & e communibus opinionibus conſuta Juriſprudentia incipit diſplicere; quibusve non poterit non noſtrum probari inſtitutum, quo capitalem in transactionis materia errorem in apricum producere allaborabimus.

§. XXXV.

Nam leges quas producunt adverſæ ſententiæ Patroni non probabunt quod intendunt. Confirmabunt eædem

eædem noſtras adſertiones potius, & ubi res dubia, ubi pretium ſimul conventum valida transactionis placita declarabant iis, quibus veritas pro Autoritate, non autoritas pro veritate ſufficit.

§. XXXVI.

Quod ut ordine fiat, ſingula ab iis prolata perluſtrabimus, examinaturi cauſarum momenta ac pondera, quibus confidunt, ne ſe fruſtra refutari, aut lacerari intempeſtive conquerantur.

CAPUT II.

CONSPECTUS.

§. I. *Communis opinionis fundamentum. l 6 ff. de transact.* §. II. III. *qua nituntur veteres & recent.* §. IV. *Accurſius notatur a Bachovio & Vinnio.* §. V. *L. 6. ad Codicillos extenſa, ad Teſt. Nuncup.* §. VI. *Nec Judici conceſſum ut ſine tabularum inſpectione judicaret.* §. VII. *Huic renunciare nefas.* §. VIII. *etiam interveniente Juramento.* §. IX. *Aliud in inſtrumentis aliis.* §. X. *Ratio I. ex favore ultimarum voluntatum deſumta.* § XI. *Quæ omnibus gentibus cura.* §. XII. *Et Juris Naturæ dicuntur.* §. XIII. *Ratio II. exitum Teſtamentorum præexit.* § XIV. *Ratio III. ipſam naturam transactionis.* §. XV. *In qua dubium eſſe debet non incognitum.* §. XVI. XVII. *Ratio IV. a Legislatoria Triboniani poteſtate accerſitur, & duplici legum ſenſu.* §. XVIII. *quod e Gracis confirmatur.* §. XIX. *& ipſius Juſtiniani conſtit.* §. XX. *Ratio V. Communi Doctorum conſenſui vim legis tribuit.* § XXI. *& interpretativam conſuetudinem ſtabilit.* §. XXII. *limitationes Doctorum,* §. XXIII. *Schilteri.* §. XXIV. *Ruini, Lynckeri.* §. XXV. *Hartmanni Piſtoris.* §. XXVI. *Antonii Fabri.* §. XXVII. *An gratuita Remiſſio licita non inſpectis Tabulis.* § XXVIII. *An Fidei commiſſo renunciare conceſſum.* §. XXIX. XXX. XXXI. XXXII. *Cautelæ duæ adjectæ.*

§. I.

COmmunis, quam adorimur opinio multis munimentis ac operibus circumvallata eſt, ne facilis ſit acceſſus oppugnandi eam, aut perimendi. Unde Leges primum in aciem producuntur, ac textus, qui in cauſa maxime

maxime fuere, cur tantas radices egerit ſententia, nulla alias ratione ſuffulta. Sic enim *Cajus l. 6. ff. de Transact. De his controverſiis quæ ex Teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quam inſpectis cognitisque verbis Teſtamenti.* Cui *lex 1. D. Teſtam. quemadm. aper.* ſtatim ſubjicitur, cujus laciniæ id quod in priori acciſum magis eſt, apertius declarare & majori lumine videntur illuſtrare.

§. II.

Hiſce nec ſcrupulum, nec difficultatem ullam objici poſſe *Bartolus* aliique credidere, qui eum ad noſtra usque tempora ſecuti ſunt, & hanc velut illuſtrem in Transactionis materia exceptionem Commentariis, Syſtematibus ac compendiis ſuis inſcripſerunt.

§. III.

Ad ampliationes ergo atque extenſiones prolapſi, quæ conſueta Doctorum methodus eſt, id egerunt, ut plures concluſiones e clariſſimis verbis elicerent, & in praxi, quo omnis collimare Theoria debet, ſua autoritate ſtabilirent.

§. IV.

Male erat *Accurſio*, qui neſcio, quo fato poſt inſpecta verba Teſtamenti rem non amplius dubiam, & Transactioni aptam eſſe dixit: inanis propterea a *Bachovio in protis hoc tit. cap. 2. §. 5.* appellatus, jejunus a Vinnio, *quæſt. jurid. cap. 7. p. m. 40.* qui multa adhuc dubia etiam poſt tabularum exactiſſimam conſiderationem obvenire poſſe, extra omnem diſceptationis aleam poſuere.

§. V.

In hoc plerique conveniebant, Leges adductas etiam ad Codicillos pertinere, quia ut floridiſſime rem exprimit

primit *Gloſſa,* codicilli ſe habent ad Teſtamentum, ſicut ſcapha ad navim. add. *l. fin. Cod. teſt. quem. aperiantur.* De Teſtamento Nuncupativo, quia verbis ore prolatis abſolvitur, nihil duxere monendum. Poſtea vero, cum viderent ejusmodi teſtamentum probationis gratia in ſcriptis ſæpe redigi, tam neceſſariam inſpectionem volvere, ac eſt in iis, quæ primum ſcribuntur. Sin nudis verbis & voce tantum nuncupatum foret, hanc conſtitutionem κατὰ τὸ ῥητὸν excluſere; at teſtium, qui viderant & audiverant defunctum, examen ac depoſitionem omni jure eſſe præmittendam demonſtrarunt, ſiquidem valida transactionis placita eſſe debeant, nec impugnationi locus concedendus. vid. *Bachov. ad Treutler. hoc tit. Vol. 1. th. IV. lit. E.*

§. VI.

Quod ipſum tam rigide obſervarunt, ut nec ipſi judici facultatem aliter pronunciandi conceſſerint; fatuumque appellaverint, qui non inſpecto teſtamento, a quo tota vis cauſæ, & intentionis dependet ad ferendam ſententiam properaret. Hinc novum *Accurſius* periculum incurrit, & cum eo *Baldus,* qui Judicis libertatem relaxantes, tam arctis ejus autoritatem vinculis colligatam noluere, depexi propterea a *Jaſone in cit. l. 6. col. 2.* qui mirari ſe iſtum errorem dixit, cum apertiſſima verba legis *l. teſt. quem. aper.* obſiſtant, ubi nec apud Judicem aliter exquiri veritatem poſſe, expreſſiſſime inveniatur. conf. *idem Bach. l. cit.*

§. VII.

Nec mitiora fata idem *Accurſius* habuit, poſtquam inſpectioni huic renunciare partes poſſe putavit. Suſcepere communem cauſam *Jaſon, Caſtrenſis* & *Bartolus,* multisque rationibus oſtenderunt, huic prohibitioni renunciare

ciare nefas eſſe, nec concedendum, ut legibus repudium mittatur, quæ publicæ utilitatis gratia latæ ſunt, nec merum favorem, ſed odium eorum continent, qui occultatis tabulis cum aliorum detrimento non nihil lucri aucupantur.

§. VIII.

Treutlerus vero & cum eo per bonam conſequentiam Guttierez, Bachovio *pœnas dederunt, qui Juramento interveniente renunciationem validam pronunciarunt, & talem conventionem* contra bonos mores civiles tantum eſſe pronunciarunt. *Quod inſubtiliter,* inquit *Bachov. l. cit. & incongrue dicitur. Voluit aut debuit dicere, valere Juramentum, quia renunciatio, cui acceſſit Juramentum ſit contra bonos mores Juris Civilis. Videtur autem exiſtimare Treutlerus, quod Juramentum hoc etiam Jure Civili ſit obligatorium: quod ſecus videtur, tum per textum generalem in leg. 5. Cod. de Legibus: tum quia ſicut Jure Canonico non valet Juramentum contra bonos mores Juris Canonici, ita nec Jure Civili valere debet contra bonos mores illius Juris.*

§. IX.

De inſtrumentis inter vivos factis nulla controverſia eſt. Tranſigas hic licet iis inſpectis, aut non inſpectis; Noſtra prohibitio ad Teſtamenta tantum pertinere, ſtatuitur, quorum inſignis in Jure Romano favor eſt, ne occultentur aut ſupprimantur.

§. X.

Horum enim curam majorem leges habent ait *Clariſſimus Lynkerus in Commentar. h. t. ſ. XI.* Qui autem Teſtamenta vel plane abolent, vel conſulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiunt. Quo pacto illectantur legatarii aut fidei Commiſſarii ad tranſigendum, & modicum forte præſens pro relicto alicujus momenti,

quod ignorant accipiendum, per legem *8. ff.* de Transactionibus. *Vinnius quæſt. ſel. l. 1. cap. 8. p. 38.*

§. XI.

Quod non tantum ex ſpeciali, & Romanis propria ratione deſcendere arbitratur *Schilterus exerc. ad ff. IX. ſ. 9.* ſed ex natura ultimarum Voluntatum generatim, quarum cauſa favorabilis videtur omnibus gentibus, quibus pietas erga defunctos cordi; inter quas etiam Germani haud poſtremi, de quibus *Tacitus cap. 17. Lamenta a lacrimas cito, dolorem & triſtitiam tarde ponunt. Fœminis lugere honeſtum eſt; viris meminiſſe.*

§. XII.

Unde Juris naturæ eſſe dicitur, ut teſtamentis & ultimis voluntatibus hominum autoritas ſua conſtet, iisque fides habeatur, ſed quot teſtes a teſtatore adhibendi ſint, ut teſtamento credi tuto poſſit, conſtitutioni humanæ relictum eſt: *Horn. Phil. Moral. 4. cap. 3.*

§. XIII.

Ex quo aperte altera, quam *Vinnius* urget *quæſt. jur. l. cit.* ratio fluit, publice expedire ut ſuprema hominum judicia exitum habeant, nec per transactiones hujusmodi facile circumveniantur. Quæ ratio ut ut inepta aliquibus viſa ſit, fundata tamen, ſecundum ejus opinionem, in D. Marci Oratione eſt, qua in ſenatu recitata effecit ut ne ſuper alimentis teſtamento tranſigi poſſit ſine Prætore. *d. l. 8. pr. ff. de transact.*

§. XIV.

Quibus omnibus demum ipſa natura transactionum accedit ad quam Bachovius & Schilterus reſpiciendum maxime cenſuere; quæ in eo potiſſimum ſita eſt ut res ſit dubia & controverſa. Ante inſpectionem & aperturam tabularum res nondum dubia neque certa dici potest,

Digitized by Google

eſt, ſed neutro jure habetur. Unde Cajus ſimpliciter ait; *Non poteſt tranſigi.* Quæ formula iis rebus adaptari ſolet, quæ ex natura rei ſic ſunt comparatæ, *l. fin. d. Reg. I.* quemadmodum ſervus Reipublicæ cauſa abeſſe *non poteſt*, quùm natura ſervitutis in privatione libertatis Quiritium conſiſtat & mortalitati fere comparetur *l. 209. eodem.* Fœminæ judices eſſe *non poſſunt*, nec poſtulare *l. 6. eod.* per naturam ſexus ſui. Id quod noſtrum eſt ſine facto noſtro ad alium transferri *non poteſt l. 11. eod.* hoc eſt: nulla quacunque tandem ratione.

§. XV.

Dubium itaque eſt, ſic pergit *Schilterus*, non quod neſcitur in totum, ſed cujus veritas & certitudo legitime inquiſita exquiri, ob rationes ſibi invicem contrarias non potuit. Qui vero omnem plane inquiſitionem ſupine negligit, ille rem quidem neſcit & ignorat, pro dubia habere non poteſt, quia rationes contrarias non expendit, nec pro certa, quia tabulas nondum inſpexit. Atqui ratio formalis dubietatis conſiſtit in cognitione, & comparatione argumentorum ex utraque parte æqualium, quæ adſenſum noſtrum ſuſpendant. Nam inepte dubitat, qui medio, quo veritas inquiri debet ac poteſt uti detrectat.

§. XVI.

Quæ rationes ſi ſufficere nequeant iis, qui contrariantur; ad legislatoriam Triboniani autoritatem confugiendum eſſe idem ſuadet *Schilterus.* Hac eum ſemper adeo tutum eſſe, ut non tam amplius quæratur, quid Gajus aut Paulus ſenſerint, ſed quæ mens Imperatoris ſit, qui ſententias Jure Conſultorum ſuas ſibi fecit, & leges eſſe juſſit.

§. XVII.

In quem finem nonnulla quoque de duplici legum

ſenſu adſpergit, generaliori & ſpecialiori; quorum alterum Jureconſultus, alterum Imperator intendit. In foro autem non illum reſpici, ſed hunc potiſſimum. Hinc, eſſe quod Baſilica, licet horum ævo commentarii Jure conſultorum integri adhuc extarent, tamen verba & ſenſum operis Juſtinianei κατὰ πόδα ſequantur.

§. XVIII.

Nec dubito, quin ei hic rurſus addendus ſit *Vinnius quæſt. Juris loc. cit.* qui in noſtra controverſia ad Græcos provocat Caji ſententiam rectiſſime ſic reddentes: περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων ἅτε διαλύεσθαι δυνατὸν, ἅτε τὶ ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων.

§. XIX.

Cui addi poſſet commune alias Jureconſultorum noſtrorum adſertum, Abolitos eſſe Veterum Jureconſultorum libros & falſi accuſandos cenſuiſſe Juſtinianum eos, *l. 1. Cod. de Vet. Jure enucl.* qui inde circa legum emendationem, vel cauſarum deciſionem præſidium caperent. Solis ergo legibus potius Imperatoris ſtandum eſſe; illosque demum boni Interpretis munere fungi, qui ex præſcripto Juſtiniani, ſubtili animo quoad leges in ſpeciem pugnantes diverſitatis rationem excutiunt, & ex earum viſceribus diſſonantiæ quærelam diſſolvunt.

§. XX.

Quæ magis adhuc ſpecioſa evadunt, ſi quod alii audacter affirmant, dicatur, gaudere adhuc hodie Jureconſultos interpretandi poteſtate, communemque eorum conſenſum, vim legis, aut juris non ſcripti etiamnum obtinere.

§. XXI.

Hæc enim eſt illa decantata obſervantia, illa interpreta-

pretativa conſuetudo, quam alii ex ſeptenario Doctorum numero æſtimant, alii aliter, & aliunde. Vid. *Schilter. Exerc. ad h. l. ſ. 4.*

§. XXII.

Quibus in ſpeciem præmiſſis, nihil reliquum exiſtimarunt communis ſententiæ Paraſtatæ, quam ut limitationes ſuas adderent ne quid in concinni ipſis objici poſſit, aut cum analogia juris directe pugnans. Addunt ergo hæc omnia obtinere tum demum, ſi modo tabulæ poſſint inſpici: his extinctis recte tranſigi: Quæ enim inſpectio, ſi caſus aboluit tabulas, & ſcripturam intervertit? *Hoc caſu,* ita philoſophatur ſæpius citatus *Schilterus, jam incipit res adeo eſſe incerta, ut exquiſitis omnibus certa fieri vix poſſit, niſi transactione aut arbitrio judicis: qui v.g. legati quantitatem ſecundum patrimonii æſtimationem, & perſonæ petentis qualitatem definire poteſt.*

§. XXIII.

Sic Mevius *Part. 7. deciſ. 9.* ex teſtamento utut invalido, deberi putat legata ab eo, qui ſuper iſto transegit ut valeret. Nam etſi teſtamentum impugnandi ratio non injuſta videatur, tamen facultas excluditur, poſt transactionem ſuper eo, per quam approbatur. In uno voluntatem defuncti agnoſcens in cæteris obſervare opus habet, etſi ſuper iis non transegerit: Multo itaque magis ſi transegerit.

§. XXIV.

Neque in eo tam rigidi ſunt, ac ſeveri omnes, ut præciſe omnium in teſtamento accuratam ex ſcripturis ſcientiam urgeant; ſufficit iis aliunde hauſta cognitio eorum quæ in teſtamento ſcripta ſunt. *Lynker. de Transact. ſ. 12.* & ut *Ruinus Vol. 2. conſ. 14. n. 14.* loquitur, *ſi intellectus oculo conſpexerint verba.*

§. XXV.

§. XXV.

Hartmannis Piſtoris vero *Obſerv. 132. l. 42.* tam facilis eſt ut hæredem ab inteſtato audiendum non eſſe ſtatuat, qui cum hærede ſcripto transegit, ſi poſtea ſe legatorum exſolutioni in ſuum commodum vellet ſubducere, & allegare temere ſe tabulas non inſpexiſſe. *Non enim in odium & deſtructionem Teſtamentorum l. 6. de Transactionibus poſſe torqueri, quæ in favorem teſtamentorum introducta eſt, ut ideo minus de Teſtamento cogitatum eſſe videatur.*

§. XXVI.

Nec favorabilius reſponſum ferunt, qui ſe aliter transacturos fuiſſe prætexunt, ſi totum teſtamentum vidiſſent. His *l. 12. ff. de Transact.* opponitur: *Non eſt ferendus qui generaliter in his, quæ teſtamento ei relicta ſunt, transegerit, ſi poſtea cauſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, ac non etiam quod poſteriore legatum eſt.* vid. Schifferdegger *l. c. quæſt. 8.*

§. XXVII.

Sed an, qui gratuito id, quod ex teſtamento debetur remittunt, non inſpectis tabulis, aliquam movere querelam ex *l. 6. de Transactionibus* poſſint, Autorum diverſa judicia ſunt. *Struvius, Vinnius, Lynkerus* negant; *Buſius* diſſentit, *Brunnemannus* dubitat. Illi exiſtimant unicuique beneficium quod ab alio in ſe collatum invito quoque eo, qui id dedit repudiare integrum eſſe; Hi autem in hoc ſe fundari credunt, quod renunciare *legi 6.*, uti ſupra audivimus nefas ſit; ad quod tamen reſponſio vix deeſt diſſentientibus; qui dictam *legem 6.* ad transactiones ſolum ſpectare prætendunt non ad pacta, ſeu gratuitas remiſſiones, quarum alia plane conditio ſit, ac longe diſtincta ratio.

§. XXVIII.

§. XXVIII.

Unde quoque communis doctorum ſententia enata, fideicommiſſo a Fideicommiſſariis contra expreſſam Teſtatoris diſpoſitionem renunciari poſſe, ſi in ſimplicis remiſſionis terminis ſubſiſtatur. Vid. *Petr. Mülleri addit. ad Struv. b. tit. exerc. 6. ſ. 57. lit. E.*

§. XXIX.

Ex quo ſatis patere arbitror, quam ſolicita eorum cura fuerit, qui communem illam de rebus teſtamentariis non inſpectis Tabulis prohibitionem ſategerunt defendere, ac ſtabilire. Vidimus leges, percepimus rationes, cognovimus extenſiones, didicimus limitationes; neque nos credo pœnitebit, ſi & cautelas vulgatas adjiciamus, quas partibus nunquam non obſervandas magni nominis viri putavere.

§. XXX.

Prima hæc eſt; ut in ipſo inſtrumento transactionis viſi teſtamenti mentio fiat, daß nach dem er das Teſtament geſehen und geleſen, auch was ihme darinn vermachet gnugſam überleget, ſie ſich folgender Geſtalt verglichen.

§. XXXI.

Secunda propterea excogitata eſt, quia corporalis inſpectio, uti dictum, non ſemper creditur neceſſaria; conſultum itaque ut in transactione contenta teſtamenti exprimantur, quod exinde, quod ea non ignoraverit tranſigens, conſtet e. gr. Nachdem mir glaubhafft von denjenigen Perſonen, ſo das Teſtament ſelbſt geleſen, berichtet, daß der Teſtator mir darinnen ſein Wohnhauß vermachet, mir aber daſſelbe anzunehmen wegen unterſchiedenen Urſachen bedencklich fället, ſo habe ich mich mit Mevio dahin verglichen.

§. XXXII.

Mereretur materia ut Facultatis Francofurtanæ re-

ſponſum ſubjicerem, niſi in eruditiſſimo de cautelis Contractuum Tractatu *Sect. 3. cap. 7. ſ. 7.* Illuſtris Strykius id tibi exhibuiſſet, nec mihi ad diſſentientium momenta ac rationes properandum foret: & quid mihi videatur dicendum.

CAPUT III.

CONSPECTUS.

§ I. & II. *Æmylius Ferretus, Jacobus Cujacius &c. communem opinionem oppugnant.* §. III. *Triboniani imperitia ac præcipitantia.* § IV. *Commentarii antiquorum ſuppreſſi.* § V. *accifi; Triboniani labor commendatus.* §. VI. VII. *quem Gloſſatores venerati.* §. VIII. *Donec ex Gallia & Hiſpania nova ſubſidia.* §. IX. *Antonii Auguſtini, Cujacii, Labitti opera laudabilis.* §. X. *L. 6. de Transact. ad alium titulum pertinet.* § XI. *Oſtenditur ex l. 1. Teſt. quemadm. aper* §. XII. XIII XIV. *Cujacii opinio pluribus improbatur.* §. XV. XVI. XVII. *Labitti, Pancirolli, Antonii Fabri interpretatio commendatur.* §. XVIII. *Gerhardus Nood laudatur.* §. XIX. XX. XXI. *Cujus ſententia ex naturali æquitate ſubſidium eſt.* §. XXII. *quam nulla lex impedit.* §. XXIII. *Sed confirmat l. 19. Cod. de Transact.* §. XXIV. *Lex 3. de Transact. explicatur.* §. XXV. XXVI. &c. *Gloſſatores communis opinionis cauſa.*

§. I.

ETſi ergo ii, qui Tribonianum nihil ſuperflue, ac oſcitanter, nihil imprudenter aut incurioſe in pandectis poſuiſſe credunt, transactionem nullam eſſe defenderint, quibus tabularum inſpectio præmiſſa non fuit, alii tamen inter quos Æmylius Ferretus, Jacobus Cujacius, Ægydius Hortenſius, Franciſcus Balduinus, Antonius Faber &c. non magnifice adeo de ipſius auſibus ſentiunt; ſed hic etiam non levem ejusdem errorem deprehendunt.

§. II.

Non enim uti communiter fieri ſolet, ex diſcerptis & male laceratis textibus, aut quibusvis legum apparentiis

tiis aliquid concludere, ſed ex integris potius, ubi fieri poteſt, veterum Jurisconſultorum commentationibus, firmi quidpiam deducere voluerunt; non ignari, alium & meliorem ſæpe ſenſum hac ratione inveniri poſſe, nec tam facile in rectæ rationis, & Juris Romani regulas ac tenorem impingi.

§. III.

Fuit ſane ut alii jam adnotarunt infinita ferme legum in ſtatu Regio, populari, Imperatorio latarum moles: fuit ingens librorum a Jurisconſultis ſcriptorum multitudo, cui poſtquam Julius Cæſar remedium adhibere fruſtra cogitaſſet, Triboniani ac ſociorum manus imperita ſanitatem dare non potuit, accedente immani præcipitantia, qua in duobus millibus Voluminum confuſam Jurisprudentiam breviſſimo triennii ſpatio extricandam ſibi propoſuere.

§. IV.

Unde aliter fieri vix potuit, quam ut leges, edicta, ſcripta ſupprimerentur, abolitisque integris Commentariis cento ſcriberetur, qui non melius dicente *Hottomanno in Anti Triboniano Cap. 12. cohærere cernitur, quam ſiquis loco Homeri & Virgilii Euſtathii & Servii Commentario offerret.*

§. V.

Quod ſuum factum ſpecioſius palliare non valuere, quam veterum optima ſcripta ambitioſe mordendo, ne deſiderium ſubiret videndi ea, quæ interpolatione, arroſione, circumciſione ſemel facta, indigniſſima apparuere; Suis interim commentis ad cœlum exaltatis, ſuoque labore immenſo multis verborum phaleris cupidæ legum Juventuti ad nauſeam commendato.

§. VI.

Quæ astutia eum habuit successum, ut primis temporibus, cum inscitia ac barbaries adhuc regnaret, & historiarum, linguarum, ac philosophiæ studia in tenebris contabescerent, nemo fuerit, qui miseram & deperditam Juris æquique formam agnosceret; & armorum æreorum Glauci in felicem permutationem cum aureis Diomediis armis deprehenderet.

§. VII.

Ex quo demum nova pernicies; novique mali species emersit. Antiqui enim Glossatores, quibus judicium sæpe cum sentiendi libertate, & aliis necessariis ad hoc opus subsidiis defuit, desperatum quidem in his interruptis sermonibus interpretandis laborem adhibuerunt; sed aliud saltem informe & male cohærens vas effinxere, ex diversorum generum asseribus & costis, quæ ex ingenti doliorum cuparumque numero, ac dissolutione naufragium effugere.

§. VIII.

Qui profecto errorum in praxi adhuc hodie obversantium verus ac genuinus fons est. Nam ex Italia, ubi feraciſſima de Jure Respondentium seges fuit, ad alios quoque perlatæ Jurisprudentiæ Civilis tabulæ sunt; & cum iis glossæ, explicationes, extensiones, ampliationes, limitationes, cautelæ Doctorum, quibus ita acquieverunt reliqui, ut basiarent & exoscularentur dicta, quod peregrina essent ac nova: donec efflorescentibus undique litteris, Goveani exsurgerent, Antonii Augustini, Balduini, Duareni, Cujacii, Hottomanni, quibus melior mens, major rerum Romanarum cognitio, amplior libertas spissam ex oculis caliginem absterſit.

§. IX.

§. IX.

Itaque labaſcere Triboniani autoritas cœpit, applicatumque ulceri remedium, quod potuit, ut quantum ex antiquorum Romanorum ſcriptis reliquum eſſet, ad interpretationem legum ſæpe obſcuriſſimarum adhiberetur. Conquirebat *Antonius Auguſtinus* Modeſtini librum de excuſationibus; *Cujacius* Africannm edebat, Papinianum integrum, Pauli ad Edictum libros, Quæſtiones, Reſponſa &c. Juliani digeſta & libros ex Minicio Natali; item ad Urſei Ferocis librum de ambignitatibus, ad Reſponſa Scævolæ, Ulpiani, Marcelli, Neratii, Modeſtini Reſponſa &c. *Balduinus* Scævolam producebat; *Jacobus Lectius* Macrum & Modeſtinum; *Jacobus Labittus* vero indicem legum omnium confecit, in quo ſingulæ ad Jureconſultorum libros, referuntur; Qui labor in ἀποσπασματίοις Pandectarum oppido utilis eſt, quorum diſperſio, & nimia brevitas ſæpe facit, ut nec facile aſſequi poſſimus, qua intentione vel in qua materia prolata ſint, niſi ea, quæ ab eorum Autoribus eodem loco dicta ſunt conferas, ex iisque connexis judicium formes.

§. X.

Per hæc ſubſidia multæ Gloſſatorum hallucinationes retectæ patuerunt; per illa lex etiam 6. de transactionibus, aliam longe faciem induit, quam Bartolus exiſtimavit, & cum eo multi alii, qui his inſtrumentis uti vel noluere vel non potuere. Nam hoc caput uti præclare animadvertere Cujacius & Labittus a ſuo avulſum titulo in locum plane alienum imperite transmiſit Tribonianus. Utique ſi ejus inſcriptio capitis expendetur, quæ inſcriptio habet, *Gajus lib. XVII. ad Edictum provinciale*, apparet, id pertinere non ad edictum

de pactis ac transactionibus, sed ad Edictum de tabulis aperiendis.

§. XI.

Quod clarissime arguit *L. 1. in pr. & [redacted] D. Testamenta quemadmodum aperiantur*, quæ est ex eodem Gaji libro XVII. ad Edictum Provinciale, quam Tribonianus quoad ultima verba discerptam repetiit in sæpe allegata *Leg. 6. de Transact.* Interierit id demonstrasse. Sensus Edicti talis est: *Omnibus quicunque desiderant tabulas Testamenti inspicere, vel etiam describere, despiciendi describendique potestatem facturum se Prætor pollicetur.* Hic Edicti tenor. Commendatio autem, quæ non Prætoris est sed Gaji ejusmodi est: *Ratio autem hujus Edicti manifesta est. Neque enim sine Judice transigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controversiis, quæ ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis Testamenti.*

§. XII.

Sic verissime Gajus. In hoc saltem diversus est Cujacius *in l. 1. & 6. h. tit.* ab aliis, quod *L. 1. testamenta quemadmodum aperiantur*, ad transactionem Judicialem referat, quasi male acceperit Tribonianus sententiam Gaji in *Lege 6.* qui per translationem fuerit usus verbo transigendi, ille acceperit proprie de transactione conventa.

§. XIII.

Quod male habuit Bachovium, Vinnium, imo ipsum Antonium Fabrum in rationalibus ad *l. 6. h. tit.* quod alioqui verba illa neque sine Judice transigi in absurdam & stultam abirent sententiam. Quis enim ita loqueretur sine Judice judicari non potest, aut quis unquam de eo dubitavit?

§. XIV.

§. XIV.

Unde etiam *Strauchius* in recitationibus publicis quas *Schilterus* allegat libere, *Explicatio*, ait, *l. 1. Teſt. quem. ap.: qualis a Ferreto, Cujacio & Hortenſio proponitur, non poteſt probari; & tamen cardo tuendæ hujus ſententiæ in eo verſatur.*

§. XV.

Meliorem vero *Labitti, Pancirolli, Antonii Fabri* interpretationem ac medelam non potuit rejicere, nec rejecit. Nam hi eruditiſſime oſtendere, non quæri in illo textu; An de Teſtamenti tabulis, non inſpectis cognitisve verbis Jure Civili tranſigi poſſit: & ſi facta ſit transactio, an infirmetur Jure Civili? Minime. De eo enim nihil edixit Prætor. Id inquiunt, vult Gajus, Edictum a Prætore ſumma ratione proponi. Quippe eo ſpectare, ut omnibus, quicunque deſiderant, teſtamenti tabulas inſpicere, vel deſcribere fiat inſpiciendi deſcribendive copia; ut ſi de Teſtamento velint litigare apud Judicem, veritas facilius exquiri poſſit; ſin malint tranſigere ſine Judice, quam litigare, etiam controverſia ſine Judice componi aliquanto commodius poſſit.

§. XVI.

Igitur voluit quidem Prætor, iis Autoribus, præeunte ſimul Gajo eos qui hoc agunt ut litem de Teſtamento ortam, quacunque ratione dirimant, proditis & apertis tabulis teſtamenti juvare ne lædantur: ſed non voluit transactionem, ſi nihilominus ſit bona fide facta, non inſpectis teſtamenti verbis reſcindere ob cauſam non inſpecti ante teſtamenti. Id enim non cogitavit Prætor: Utique de eo verbum non addidit; neque adeo potuit Gajus ejus interpres niſi deſiperet, dicere.

§. XVII.

§. XVII.

Proinde ſi ex Gaji mente, ut debet, cum verum quæritur, explicanda ſit, ſive *lex I. Teſt. quemadm. aper.* ſive *l. 6. de transact.* quæ ex illa deſcripta eſt, apparet, neutram reſiſtere, quo minus valeat transactio de Teſtamento, etiam non inſpectis ejus tabulis; quia Gajus cum ait: neque enim ſine Judice tranſigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcerentur, aliter poteſt, quam inſpectis cognitisque verbis teſtamenti, tantum de facto locutus eſt, de jure loquutus non eſt. Adducam ea quæ habet *Schifferdeggerus in Diſp. forenſ. ad Anton. Faber. l. 2. tract. 25. quæſt. 7.* *Faber*, inquit, *noſter arbitratur, & vere, errorem Triboniani hac parte in eo tantum fuiſſe, quod Gaji ſententiam pro ratione allatam ſic accepit, quaſi ſimpliciter, & abſolute prolatam. Quam rem etiam impoſuiſſe Interpretibus, ut ea ſit relata ad jus, quæ ad Cajo relata fuerat ad factam, ac ſi dixiſſet, non poſſe ſciri, quomodo tranſigendum ſit de controverſiis, quæ ad teſtamentum pertinent, quin teſtamenti verba inſpiciantur.*

§. XVIII.

Cui ultimæ ſententiæ ac explicationi omnino accedo, quam omnium optime acutiſſimus apud Belgas JC. *Gerbardus Nood in ſuo Julio Paulo cap. 7.* propoſuit; cujus perſpicuis verbis etiam hic maximam partem uſus ſum.

§. XIX.

Et ſane ſi ad naturalem reſpiciamus æquitatem, quid æquius eſt, quam lites ſine dolo, mutuo conſenſu ſopitas non reſuſcitari, ne ob cauſam quidem non inſpecti teſtamenti? Nullus futurus eſſet litium eventus, ſi ſuo ſemper liceret, contravenire facto.

§. XX.

Nam quæ quæſo neceſſitas urſit legatarium ut ad trans-

transactionem procederet, teſtamento nondum inſpecto? Suppreſſum inquis fuit & occultatum. Atqui, poterat ille petere ab hærede, ut ſibi fieret ejus inſpiciendi deſcribendique copia, vel per interdictum de tabulis exhibendis, vel ex Edicto, quemadmodum teſtamenta aperiantur. Quod cum neglexit de læſione conqueri non poteſt, quia nemo eum impedivit, quo minus neceſſariam ſibi notitiam compararet. Habet quod ſibi imputet non quod adverſario, quem aut plane non urſit, aut ſufficientibus remediis ad exhibendum compellere potuiſſet. At quod *quis ex ſua culpa damnum ſentit, non intelligitur damnum ſentire* inquit *Pomponius l. 203. de diverſ. R. Juris.*

§. XXI.

Ergo nulla cauſa ſupereſt, cur velit reſcindi, id quod ſua voluntate eſt compoſitum. Prætoris hæc verba *ſunt l. 7. ff. 7. de pactis. Pacta conventa, quæ neque dolo malo neque adverſus leges, plebiſcita, ſenatusconſulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt ſervabo.* Quod ſi vero adfuerit dolus aut aliqua fraus generale remedium ſufficit; nec hic peculiare quidpiam occurrit, aut novum.

§. XXII.

At cedo legem, aut conſtitutionem, aut Juris Regulam. Nulla in tota antiquitate extat nulla e naturalibus principiis eruitur, qua transactio de controverſiis ex teſtamento proficiſcentibus utique bona fide facta improbetur ideo, quod facta ſit non inſpectis teſtamenti tabulis.

§. XXIII.

Tu contra vide, quid Diocletianus & Maximianus reſcripſerint *l. 19. cod. de transact.* ſub *prætextu inſtrumenti*

postea reperti transactionem bona fide finitam rescindi jura non patiuntur. Quod si in Instrumento valet, & ante non cognito & post demum reperto, quid causæ est, quod testamentum velis rescissum, quod cognovisti, etsi non inspexeris?

§. XXIV.

Nec juvat, quod *transactio propter fideicommissum facta codicillis postea repertis invalidari dicatur lib. 3. ff. 1. de transact.* Non enim rescinditur semel inita transactio; sed declaratur de codicillis non fuisse cogitatum. *Conf. l. 12. de transf. in fine.* De testamento sine dubio cogitasti, a quo aliquo dando vel retinendo resiluisti: quemadmodum & de illa re ignorantiam prætexere non potest, quam nova instrumenta saltem majori luci exposuere.

§. XXV.

Itaque solus *Gajus* obstat, ad quem omnes suos intendunt digitos; sed non obstaret, si *Cujacium, Antonium Fabrum* aliosque prudentiores sequi maluissent, quam *Bartolum & Baldum*, qui ne per somnium quidem de vitio aut imperitia Triboniani aliquid rescivere.

§. XXVI.

Hi soli in causa sunt, cur huc usque *l. 6. de transactionibus* tantis ambagibus veluti illustris quædam exceptio fuerit commendata; curque uno dato absurdo plura fuerint admissa. Carere potuissemus tuto omnibus illis extensionibus, quas excogitarunt, & rationibus quas magno hiatu explicarunt, de casu seu chimæra soliciti, quam in legibus non inveniunt; nec quantum conjicio in Romanorum praxi.

§. XXVII.

Quod clarius eluceseet, si nunc uti animus est allegatæ Doctorum objectiones & momenta excutiantur.

CAPUT

CAPUT IV.

CONSPECTUS.

§. I. II. *Oſtenditur ex favore ultimarum voluntatum ad prohibitionem Transact. tabulis non inſpectis non valere conſequentiam.* §. III. IV. V. *Teſtamenta non eſſe Juris Naturæ; ſed poſitivi.* §. VI. VII. *Germania nulla teſtamenta.* §. VIII. IX. X. *Ratio Vinnii de favorabili Teſtamentorum exitu oppugnatur.* §. XI. XII. *Argumenta Legum.* §. XIII. XIV. XV. XVI. *Ratio Schilteri ſine inſpectione rem incognitam eſſe rejicitur.* §. XVII. *Nulla emphaſis in verbis: Non poteſt.* §. XVIII. XIX. XX. *Triboniani jactantia inanis.* §. XXI. *Ejus hallucinationis ex Veterum fragmentis agnoſcuntur.* §. XXII. *Non omnia in Corpore Juris Civilis ſunt leges.* §. XXIII. *Lex fin. Cod. de Rebus cred. explicatur.* §. XXIV. *Græcorum fides.* § XXV. *Communis JCtorum conſenſus non eſt lex.* §. XXVI. *Quoad noſtram controverſiam communis conſenſus negatur.* §. XXVII. XXVIII. *Communes opiniones quanta efficacia.* §. XXIX. *Nec communis obſervantia eſt lex.* §. XXX. *Obſervantiæ variantes.* §. XXXI. XXXII. *Ratio noſtræ intentionis.* §. XXXIII. *Cur nulla præjudicia allegata?* §. XXXIV. *Differt. Concluſio.*

§. I.

PRimus Doctorum color ille fuit; Teſtamentorum favorem tam ſeveram Triboniano prohibitionem expreſſiſſe, ne occultarentur tabulæ aut ſupprimerentur, & ſic præcipitis deceptionis occaſio foret. Sed fuit ſaltem color ac inanis prætextus, ut aliquid ſuperesſet ad ſemel arreptam ſententiam defendendam. Nam age, fuerit aliqua apud Romanos voluntatum ultimarum cura, quod negare nec volo, nec poſſum, an neceſſarium propterea ut transactio bona fide facta reſcinderetur? Ego vim conſequentiæ deſidero. Dolos fraudes ac technas occultantium tabulas aut Inſtrumenta nemo eſt probaturus: ſed hi alia plane ratione in ordinem redigi poſſunt, ut jam antea obſervavimus, vel per interdictum de Tab. Exhibendis vel per Edictum Prætoris

ris teſtamenta quemadmodum aperiantur: vel denique per *legem XIX. cod. ſub prætextu.* Hoc quicquid eſt ad glaucoma imperitis objiciendum videtur excogitatum. Decipi ac circumveniri nemo debet. In hoc aſſentior tibi. Sed an ignota eſt exceptio de dolo; aut doli actio?

§. II.

Quod ſi ulterius extendas favorem teſtamentorum, fac quæſo ut probes: Illa lex Gaji nihil ut vidiſti tibi opitulatur; nihil de favore teſtamentorum in ea dicitur. Tu vero argumentaris a baculo ſæpe ad angulum. Teſtamentorum favor eſt. Ergo tranſigi de iis non poteſt ſine illorum inſpectione bono animo. Leges dolo non ſuccurrunt; Ergo nec bonæ fidei, Ergo litium deciſionem impedire volunt: Ergo diſſenſiones expoſcunt, novas actiones, novas formulas.

§. III.

Cognoſcis quo te falſæ ratiocinationes avertant. Ergo cum *Schiltero* ad gentium Jus recurris. Quid ſi dixerim ex jure naturæ præceptis non eſſe teſtamentis auxilium? In hac mecum opinione Illuſtris *Coccejus* eſt *diſp. de Teſtam. Principum part. 1. ſ. 18.* In teſtamento transfertur jus, transfertur ab uno ad alium. An ſufficit declaratio unius ſe velle dare; an non requiritur alterius conſenſus, ſe velle accipere? An deditio atque donatio ſine acceptione intelligitur? Unius ergo defuncti conceſſio ſine alterius conſenſu ſua natura imperfecta, nulla, & inutilis eſt; adeoque de jure naturæ nec certa, nec ſtabilis.

§. IV.

Quocunque te conjicias videris captus. Nam teſtamentaria diſpoſitio effectum ſuum exſerit demum poſt mortem Teſtatoris. Hujus jus ac dominium non ampli-

amplius durat, quam ad ultimum vitæ momentum. Res in patrimonio hominum exiſtentes vivis inſerviunt; ad mortuos res humanæ nihil amplius attinent. At ex mente *Hugonis Grotii l. 2 cap. 16. §. 14. de J. B. & P.* forte diſputas. Hic teſtamentum dicit alienationem univerſi patrimonii in mortis eventum ante eam revocabilem, retento interim jure poſſidendi ac fruendi. Permitte mihi ut a Grotio diſſentiam. Nam quomodo hic alienatio eſſe poſſit non video. Translatio dominii ab uno in alterum ſupponit utique duas perſonas eo tempore, quo alienatio fit; ita ut deinceps res dici poſſit aliena ei, a quo in alterum fuit translata. Atqui Teſtator quousque ei ſpiritus reciprocatur, pleniſſimum jus in omnia ſua bona ſine ulla diminutione retinet. Nævus eſt Grotii, dum teſtatorem interim tantum retinere jus fruendi, poſſidendi & revocandi ait. Nihil magis ab ingenio ultimarum voluntatum abhorret. Quis enim unquam credidit aut putavit proprietatem rei vivo Teſtatore transmitti ad hæredem? ultimarum voluntatum vis poſt mortem demum incipit, nec ulla plane viventis eſt hæreditas; prout nec legatum intelligi poteſt niſi defuncto teſtatore. *l. 6. ff. pro legat.* add. *Puffendorff. J. N. & Gent. l. 4. cap. 16. n. 4.*

§. V.

Dico igitur, teſtamenta etiam quoad originem eſſe juris poſitivi, non quidem Romanis ſolum propria, ſed aliis quoque gentibus, communia, quarum catalogum recenſere pro noſtro inſtituto ſupervacaneum cenſeo.

§. VI.

Id tamen non poſſum non monere in hoc admodum falli Clariſſimum *Schilterum*, quod Germanos noſtros in eis eſſe voluerit populis, quibus ultimarum vo-

luntatum cura fuerit. Verba e *Tacito* allata nihil aliud probant, quam eos luxiſſe mortuos ſuos, & dolorem ſenſiſſe ex eorum diſceſſu. Clarius idem *Tacitus de Moribus Germanorum cap.20. Hæredes*, inquit, *ſucceſſoresque ſui cuique liberi, & nullum teſtamentum: ſi liberi non ſunt, proximus gradus in poſſeſſione: fratres, patrui, avunculi. Quanto plus propinquorum tanto gratioſior ſenectus, nec ulla orbitatis pretis pretia.* Quæ ultima verba moverunt virum eruditiſſimum *Georgium Beierum*, JCt. Lipſienſem, ut crederet, uſum teſtamentorum nullum fuiſſe, licet ſine liberis & propinquis aliquis deceſſerit. Vid. *annotat. ejus ad ff. qui teſtamenta facere poſſint.*

§. VII.

Quæ omnia, utut veriſſima dicerentur, nihil tamen adverſariæ parti accedere poſſet, etiamſi concederemus, teſtamentis de Jure Naturæ favorem competere. Vacillaret enim adhuc conſequentia; teſtamenta de Jure Naturæ favorem habent, ergo de iis tranſigi bona fide nequit, non inſpectis tabulis.

§ VIII.

Unde etiam ſponte ſua, quam *Vinnius* attulit, ratio corruit; publice intereſſe ut ultima hominum judicia exitum habeant. Quid enim ſodes, addit transactio illis judiciis, quid detrahit? Quod ſi omnem de teſtamentis transactionem rejiceres, majus forte argumentationi tuæ ineſſet pondus: ſed iis inſpectis ac viſis concedis; imo ſcientia aliunde hauſta factam deciſionem aut pactionem approbas. Quid ergo te impedit, quo minus omiſſa inſpectione eandem facilitatem oſtendas? Lex Gaji? At illa alia omnia loquitur. Doctorum opinio? Aſt iſta erronea eſt nullique fundamento probabili ſuperſtructa.

§. IX.

§. IX.

Tædet me rationem male cohærentium. Neſciunt ſane Doctores quid loquantur. Circa gratuitam remiſſionem non viſis ac conſideratis verbis teſtamenti nihil movent; illamque validam eſſe poſſe permittunt. At ſi hæc ratio aliquid firmi in ſe contineat, etiam gratuitæ remiſſioni mittendum repudium foret. Nullus hic ſecundum eorum ſententiam teſtamentorum exitus; nullum voluntatis defuncti implementum.

§. X.

Igitur illud *publice intereſt*, alium ſine dubio habebit ſenſum. Nam alias nec repudiare liceret teſtamento oblatam hæreditatem; Alias invito res legata aut relicta acquiri deberet: & hominum libertas naturalis per illam male applicatam legem penitus cenſenda eſſet reſtricta.

§. XI.

At video ſane, quod momentum eos egerit præcipites. Rationes omnes quas in prohibitione Transactionis de alimentis futuris ab *Ulpiano* deprehenderunt allegatas, huc quoque ſine judicio traduxere. Quæ conſuetudo quam plurium malorum ac paralogis morum in Jure lerna eſt. A diverſis ad diverſa non valere conſequentiam logici ſciunt. Hic vero tam inanis ac fallax argumentatio occurrit, ut qui ad eruditionem illam juſtam, ac maſculam bona fide enituntur, merito ab ea abhorreant. Alia enim in controverſiis teſtamentariis reliquis conditio eſt, quam alimentis, ubi qui modico contenti tranſigunt, tandem redacti ad incitas in Rempublicam recumbunt: quod ut declinandum quadam prohibitione putavit *D. Marcus*, ita in aliis transactionibus metuendum non eſt.

§. XII.

§. XII.

Haberem hic locum communem de argumentis legum,& ampliſſimum ſimul campum eorum deceptiones oſtendendi; niſi mihi otia accuratiſſimi viri feciſſent, imprimis *Gerhardus Noodius* in pulcerrimo ſcripto, quod *Julii Pauli* nomen tulit. Id addo,eſſe hoc medium non plane ineptum ad nugas & ſomnia elicienda, de quibus in ſomno nihil viderunt Autores; eſſe occaſionem, qua ſtultiſſima ſententia ſcribentibus affingi poſſit, Philoſophis, ſi ſimilis in eorum ſcriptis methodus teneatur, Theologis, Jureconſultis.

§. XIII.

Quæ tamen miſſa facio,quia nec corrigi poſſunt,ſed relinquenda ſatis ſunt. Id urget *Bachovius* & cum eo magis aperte *Schilterus*, naturam transactionis inſpectionem tabularum expoſcere, quia ſine illa res neque certa neque dubia ſed neutro jure ſit. Agnoſce ſpecioſam rationem & plusquam Philoſophicam ſubtilitatem. Quid ergo? An transigis de re quam plane ignoras, & de qua nec agis, nec loqueris, nec tractas? An teſtamentum de quo ſermo eſt, res videtur penitus incognita? Jam autem judica, an majus ſubſit dubium ſi inſpiciantur verba, quam ſi non legantur. Lecta certitudinem tibi dare ſæpe poſſunt; De certis nulla transactio; Non inſpecta in incerto relinquunt mentem teſtatoris,dato aliquo vel retento.

§. XIV.

Sed apage inquis tuam incertitudinem: neſcis; neſcis, non dubitas. Neſcio,inquam,tenorem tabularum, latet diſpoſitio, latet legati aut rei hæreditariæ determinatio, ſed metuo interim lites, quæ in rebus teſtamentariis non ſunt infrequentes; Metuo ergo non improbabiliter

liter. Quod ipſum dubitare in jure eſt. Tu vero ſi velis oſtende propter metum litis, non poſſe tranſigi.

§. XV.

Alienum vero ab hoc loco eſt, quod ſubjicitur, eum inepte dubitare, qui medio quo veritas inquiri debet, uti detrectat. Quid enim prodeſt rogo te inquirere in veritatem? ut tranſigas? Atqui ubi veritas in apricum deducta, vix ac ne vix quidem ad transactionem procedent partes. Sin ut dubites? dubitabis concedo magis forte ac magis: ſed tamen jam ante dubius fuiſti; & verecundam de lite cogitationem habuiſti. Quid ergo hoc imprudentiæ eſt? quid ineptiæ? Percepimus ſupra ex Ulpiano, non eſſe vituperandum execrantem lites, aut habentem tanti, re carere.

§. XVI.

Sed pone & finge tibi, uti vis aliquam imprudentiam. Habebit ille qui tranſigit, quod ſibi imputet. Nulla hic Reipublicæ ſalus verſatur: nullum onus in eam devolvitur. Remittere ſi poteſt gratis imprudenter, poterit etiam tranſigere imprudenter. Audi *Schifferdeggerum l.c. Nihil prohibet quo minus quis de eo tranſigat, quod ſibi teſtamento relictum eſt, etiamſi quale, aut quantum ſit ignoret. Abſurdum ſiquidem eſt, eum qui totum remittere potuit donationis cauſa, parte debiti contentum eſſe non poſſe, re adhuc incerta.*

§. XVII.

Quamobrem fruſtra ſe ſolicitum præbuit idem *Schilterus* in detegenda Emphaſi verborum Caji: Non poteſt tranſigi. Jurarem omnino talia in mentem nunquam veniſſe Cajo: quamvis decertare nolim cum quopiam, *non poſſe* idem interdum in Juris noſtri corpore ſignificare, ac contra naturam alicujus rei eſſe. Hic ſaltem quæ-

ritur an in *lege 6.* ejusmodi Emphaſis ſit, aut excluſiva ſignificatio.

§. XVIII.

Verum enim vero hic, pergis, ille dignus te vindice nodus. Audiviſti quid de Legislatoria Triboniani autoritate adſeruerit *Schilterus*. Fac, non intellexiſſe cum commentationes Caji, dilaceraſſe ejusdem ſententias, in alienum locum detruſiſſe. Ille Legislator eſt: potuit hoc facere, & novam dare præceptionem quæ tibi adeo videtur inanis, abſona ac fallax. Ita eſt, amice ſuaviſſime, quisquis etiam ille fueris. Hoc fatum noſtræ Jurisprudentiæ eſt, ut quod intricatum, obſcurum, a ratione alienum, ab Analogia Juris diverſum, ſpinis ac aculeis Triboniani obſerant: Hæc non tantum Caſcorum illorum ſuperioris ævi Interpretum, in quibus per parum ſani, methodus eſt: ſed & cultiſſimo hoc ſeculo exortorum virorum magnorum ars, qua tenebris antiquis lumine ſuo conciliare ſplendorem annituntur. Sed non terret hoc ex pelvi fulgur. *Nimis ſuperſtitioſi*, hic *Bœckelmanni* ad prolegomena digeſtorum graviſſimus ſermo eſt, *Pandectarum ſunt ad miratores, qui eas omni numero adeo abſolutas putant, ut quodlibet verbum veluti e tripode profectum pertinaciſſime ſervandum, nec quicquam in illis deſiderari, aut corrigi poſſe, putant. Inepti plane ſunt, qui id ſibi perſuaderi patiuntur verbis Juſtiniani, vel potius Triboniani laudibus hoc opus quaſi in cœlum evehentis, nunc elegantiam oſtentantis, nunc methodum deprædicantis, nunc conſonantiam aſſerentis, nihilque contrarium aut ſimile in eo reperiri teſtantis.*

§. XIX.

Res ipſa loqui debet, non Juſtinianus aut Tribonianus, qui præſcribere intellectui leges, nec poteſt, nec debet: aut efficere, ut oculis noſtris fidem omnem denegemus.

mus. Novimus plusquam ſatis eum falſi crimen impingere iis, qui veterum libros revocare, aut ex iis vitioſam ſcripturam arguere auderent; ſed novimus etiam Viros in utroque Jure præclariſſimos, hoc quicquid eſt habuiſſe tanti, non minus, quam illud notiſſimum aſſertum, Imperatorem eſſe Dominum mundi.

§. XX.

Digna gravi Jureconſulto verba ſunt Bachovii *ad Tr. Vol. 2. Diſp. 13. Theſ. 4. l. I. K. Jam pridem*, ait: *Tribonianus erroris, ne quid gravius dicam convictus eſt, & recte Cujacius puerilem hæreſin perſuaſionem illam appellat. Indignum ſcilicet eſt homine erudito, Imperatoris præſertim Latini, & Græci ita ſerviliter jura tractare. Ingeniorum hoc videtur imbecillitati damnatorum; & infra præſtantiam humani acuminis demiſſorum. Quod ſemel ad excuſationem mei dictum velim, ſi quid in hoc genere exciderit audacius: leges & deciſiones Juſtiniani ſequor, ſed in rationes earum, quas ſæpe ut colorem faceret, novis ſuis conſtitutionibus ipſe ſibi confinxit, inquirere & ſub cenſuram veritatis revocare, piaculum non duco.*

§. XXI.

Igitur & veterum Jureconſultorum fragmenta conquirimus, ut tanto clarius Triboniani inſignes hallucinationes pateſcant; aut etiam appareat, eum ſæpe nec legem dare voluiſſe, ſed aliquod ſaltem relinquere ex antiquis excerptum, quemadmodum in *Langii Polyanthea* ex oratoribus Poëtis Philoſophis, quædam cernuntur ἀποσπασμάτια.

§. XXII.

Nam illud quod de ſingulis Juris civilis partibus adfertur, quaſi omnia in iis legum adhuc hodie obſervandarum nomine veniant, non perſuadet. Definitiones, ac rationes inconcinne allegatas nemo habebit pro legi-

bus: nemo varias Pauli ac Ulpiani opiniones ſine deciſione relictas venditabit pro præceptis; nemo denique id quod in *l. 6.* de transactionibus dicitur aliter capiet, aut ſaltem capere poteſt, quam intellexit Cajus, ex cujus libris eſt, niſi apertius Tribonianum deſipuiſſe velit adſerere.

§. XXIII.

Neque Romanorum in his praxis facile oſtendi poteſt. Falſa *Baldi, Saliceti* aliorumque in lege finali *Cod. de rebus creditis* decidendi ratio eſt, propterea legatarium id quod per perjurium acceperat reſtituere fuiſſe coactum quia *jusjurandum ſpecies transactionis eſt;* De teſtamento relictis vero non licere tranſigere, verbis teſtamenti non inſpectis. Aliam jam in ipſa lege celebratiſſimus *Strauchius in recitationibus publicis* invenit, quæ impium lucrum legatario voluit extorquendum, cum ocularis inſtrumenti Inſpectio eum apertiſſimi perjurii convinceret; ut taceam tam legem inter L. deciſiones eſſe.

§. XXIV.

Verba e Græcis allegata nihil aliud oſtendunt, quam illa Caji ὅτε διαλύεσθαι δυνατὸν eodem modo interpretari fas eſt, quam illud decantatum: *Non poteſt tranſigi.* Quod ſi vero aliud quid voluiſſent Baſilica, applicarem hic ea, quæ illuſtris *Strykius* alibi de Græcorum fide dixit, in *additam: tract. de cautelis contractuum p. 701. Sane quam Tribonianus*, inquit, *in Veterum Jureconſultorum libris ad genium ſeculi Juſtinianei adaptandis ſibi ſumſit, Interpolandi licentiam, illam longe arrogantius ſibi ſumſere Græcanicæ Jurisprudentiæ compilatores, quibus plerumque gaudio fuit a Juſtiniano noſtro diſcedere, ac concinnatam ab ipſo Jurisprudentiam alio ordine, revera tamen tumultuario meliori parte neglecta, vel ſtudio caſtrata ſub ſpecie novi corporis Baſilici exhibere.*

§. XXV.

§. XXV.

Id vero plane precarium eſt, quod ultimo urgetur: Jureconſultorum communem conſenſum vim legis, aut juris non ſcripti etiamnum obtinere. Dolendum ſane eſt Viros alias acres, & eruditionis laudem merito habentes, huic opinioni ſubſcribere, quæ nulla probabilitate ſeſe commendare apta eſt. Quomodo enim in Jure opinio, quæ erroris ſæpe convinci poteſt, majorem poteſt efficaciam habere, quam aliorum in quibusvis diſciplinis erroneæ ſententiæ aut Interpretationes? Quomodo error poteſt jus facere, inquit excellentiſſimus noſter *Thomaſius Diſp. de Jure Conſuetudinis ſſ. 6. quomodo conſuetudo, quæ a libertate utentium, quanta quanta eſt, dependet, libertatem aliorum in populo & parium quidem tollere poterit & vim legis habere?*

§. XXVI.

Communis hic, inſtas, Doctorum conſenſus eſt. Ego vero ut ſcias id plane nego; vidimus quid *Ferretus, Cujacius, Balduinus, Labittus, Strauchius* aliique ſenſerint, quid *Antonius Faber, & Neodius* obſervaverint; niſi quidem e pluribus communem æſtimare conſenſum, aut veritatem ex docentium copia dijudicare velis.

§. XXVII.

At plures etiam peſſime ſæpe cæcutiunt, vacillant, labuntur. Nec mirum hoc frequentiſſime fieri, cum magna nomina reliquis præſtringant oculos, & licet detegi veritas poſſit, nubem pro Junone objiciant, ne in ipſas leges, & earum rationes inquirant, ſed ubi turba & ampliſſima Doctorum corona eſt, hic quoque ſubſiſtant; & cum errantium multitudine eadem chorda, iisdemque fidibus laudant.

§. XXVIII.

Non poſſum non locum egregium Bachovii, in quo

contra Treutlerum disputat *Vol. I. de Just. & Jure thes. 8.* huc referre: *Communibus opinionibus ad rationem Juris Romani exactis plus æquo tribuit: vel quia in exquirenda veritate numeri rationem habere rectum non est; neque enim numerandæ, sed ponderandæ sententiæ sunt, vel quia Doctores, qui in communibus illis opinionibus familiam ducunt, utpote subsidiis illis, quæ ad veram Juris Romani cognitionem necessaria sunt, destituti, non raro etiam in ipsa juris principia impingunt vel denique quia plerumque alii alios non judicio, neque ratione, sed autoritate tantum ducti sequuntur; & sit hac sententia, ut plerique quod vera ratio & etiam textus juris suadent, securi, a communi tantum opinione pendeant.*

§. XXIX.

Quod ipsum etiam in judiciali observantia obtinet. Aut enim non omnium judiciorum uniformis sententia deprehenditur; aut si sit non omnis tamen rectius sentientibus libertas præcisa est, mutandi ea, quæ immutabili fundamento destituuntur. Ipsi Judices sive unus sit sive plures nec legem sibi dixere, nec dicere possunt, se eodem semper modo, quo pronunciarunt velle perpetuo pronunciare. Possunt admissi errores corrigi, potest aliam induere sententia faciem, cum collegæ mutantur, & per collecta vota, non per tacitum usum proceditur. Ipsa suprema judicia non raro ab observantia sua recedunt. Hic nulla lex est, nulla consuetudo, quæ omnem correctionem impediat.

§. XXX.

Ii autem decipi se videbunt clarissime, qui conformem e judiciis jurisprudentiam sibi fingere adlaborant. Opera *Carpzovii* & *Finckelthusii* satis docent in una civitate oppositas dari observantias judiciales; Aliter in Marchia, in Pomerania aliter, aliter in Suevia sæpe pronunciatur.

tiatur. Tu videſis quomodo hic conſonantiam exculpas. Ubivis rationes ſunt, leges citantur, Doctores allegantur; Hic Mevius eſt, illic Carpzovius; hic Gailius; illic Klockius, & ſi ſeptem deſideres nomina, invenies forte ubivis, communes opiniones contra communes, communes obſervantias, contra communes obſervantias.

§. XXXI.

Ergo hoc volumus, vitio nobis neutiquam dari poſſe, quod transactionem in rebus teſtamentariis, non inſpectis tabulis validam dixerimus, contra maximam Doctorum partem. Rationes ſecuti ſumus, non autoritates; leges ipſi inſpeximus, & quod repertum a nobis eſt, enunciavimus, noſtris oculis plus fidei attribuentes, quam aliorum teſtimoniis, quæ ex cœca imitatione profluxerunt.

§. XXXII.

Hac ratione limitationes a Doctoribus excogitatæ ſua mole concident; Non opus erit illorum cautelis ac ampliationibus, quæ ex falſis interpretationibus, ac ratiocinationibus augmentum capere. Quod ſi tamen ii qui in foro verſantur, ubi communis opinio regnat, eo apparatu iisque ſubſidiis uti velint, ii, per me licet, iis omnibus utantur, dummodo non credant ex *Leg. 6.* de transactionibus eas neceſſario deduci doctrinas.

§. XXXIII.

Pro nobis vero tum demum allegabimus præjudicia, cum apertis luminibus & Doctores & Judices hanc oſtenſam veritatem agnoſcent. Habebunt impoſterum, ex quo ſecurius ſuadebunt, admonebunt, ſcribent, loquentur; neque ſpes omnis abeſt, fore aliquando, ut remoto autoritatis velo hæc omnia prudentiſſime mutentur.

§. XXXIV.

§. XXXIV.

Qua spe fretus totam hanc disputationem verbis *Johannis Fabri ad §. ult. Institut. de Legat.* concludo: *Quod appellamus Praxin, non est nuda ac circumforanea Praxis. Cujusmodi est Procuratorum Forensium, sed jurisprudentiam applicare negotiis.*

FINIS.

COROLLARIA.

I. *Rex Bohemiæ non est Status Imperii.*

II. *Rex Bohemiæ non conficit una cum reliquis Electoribus Capitulationem Cæsaream.*

III. *Falsum est Tutelam in Electoratu semper competere proximo Agnato.*

IV. *Possunt Electores dari in Testamento Tutores excluso proximo Agnato.*

V. *Superioritas territorialis non fuit incognita antiquis Germaniæ temporibus.*

VI. *Archi-Ducum Austriæ Titulus Friderici III. tempore demum usurpari cœpit.*

VII. *Archivum in Controversiis illustrium parum probat.*

VIII. *Competit Statibus Imperii Jus belli tam offensivi, quam defensivi.*

IX. *Errat tamen Limnæus, qui hoc ex Legibus Imperii voluit probare.*

X. *Quæstio Domitiana est in* l. 7. §. 4. de Jurisd. *An is, qui jussu Prætoris album corrupit teneatur actione albi corrupti.*

XI. *Fuit Bartolus Jureconsultus doctissimus & acutissimus, quem & ego veneror.*

ERRATA

pro Gaji & Gajus semper legas Caji & Cajus.